

¿LA SHARÍA COMO LEY APLICABLE EN VIRTUD DE LA LIBERTAD RELIGIOSA? (*)

MARÍA JOSÉ ROCA FERNÁNDEZ

1. INTRODUCCIÓN.—2. LUCES Y SOMBRAS EN LAS RELACIONES INTERORDINAMENTALES ENTRE DERECHO ESTATAL Y DERECHO ISLÁMICO: 2.1. *Conveniencia de la aplicación de la teoría del ordenamiento jurídico*: 2.1.1. *Desde el punto de vista del Estado*. 2.1.2. *Desde el punto de la confesión religiosa*. 2.2. *La sharia, ¿un ordenamiento jurídico?*: 2.2.1. *Caracteres del ordenamiento jurídico primario*: 2.2.1.1. *Existencia objetiva*. 2.2.1.2. *Cuerpo social*. 2.2.1.3. *Autonomía*. 2.2.1.4. *Unidad*. 2.2.2. *La teoría ordinamental y la pluralidad de ordenamientos*. 2.2.3. *A modo de síntesis*. 2.2.4. *Las relaciones entre el Derecho en Europa y los fieles islámicos, ¿relaciones con la sharia o con el Estado de origen del fiel islámico?*: 2.2.4.1. *Déficit organizativo de la comunidad islámica en algunos Estados europeos*. 2.2.4.2. *Problemas organizativos en España*. 2.2.4.3. *Síntesis conclusiva*.—3. LA APLICACIÓN DE PRECEPTOS DE LA SHARÍA EN VIRTUD DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS SUJETOS DESTINATARIOS DE LA NORMA ESTATAL: 3.1. *Dificultades de planteamiento: la idea de la libertad religiosa que subyace en los Derechos occidentales*: 3.1.1. *La apostasía en las fuentes de la sharia*. 3.1.2. *La apostasía en el Derecho penal codificado*. 3.2. *Dificultades de dogmática jurídica: la igualdad en la aplicación judicial de la ley*. 3.3. *Ámbitos de libertad en los que cabe vivir conforme a la sharia*.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente he leído en la sección Internacional de un conocido diario nacional un artículo titulado *Cómo ganar Afganistán* (1), en el que se anotaba

(*) El presente trabajo fue presentado como ponencia en el I. Congreso Internacional de Derecho islámico e interculturalidad, organizado por las áreas de Derecho Eclesiástico y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (23-24 de septiembre de 2010).

(1) ALBERTO SOTILLO, *ABC*, día 28 de junio de 2010, pág. 30.

que después de Alejandro Magno son muchos los que han intentado conquistar Afganistán, sin que nadie lo haya conseguido. Apunta el periodista que ninguno de los imitadores de Alejandro llegó tan lejos como el macedonio, porque ninguno se orientalizó como él. Así, Alejandro se desposó con una princesa de cada reino conquistado, y adoptó los usos y costumbres: se dejó adorar como un dios en vida, prohibió el trato democrático al que había acostumbrado a sus soldados, y la menor sospecha de sedición se pagaba con la muerte. La experiencia nos enseña que ninguna autoridad occidental puede imponer en Oriente su autoridad y sus valores con métodos liberales y democráticos.

Mi pretensión, a la vista está, que no es conquistar Afganistán, ni tampoco «conquistar el mundo islámico», sino simplemente, intentar desentrañar —en la medida de mis posibilidades— con qué instrumentos cuenta el Derecho de los Estados occidentales para respetar la libertad religiosa y la identidad cultural de las personas que profesan la fe de Mahoma, sin renunciar por ello a los valores propios de Occidente, que son de raíces cristianas, y que parten de la separación entre Derecho y Religión. Es decir, cómo pueden arbitrarse los elementos necesarios para llegar a convivir, pero sin adoptar sus valores como propios como hizo Alejandro Magno. Estamos hablando de cómo pueden ser respetados los derechos de los musulmanes en Estados occidentales, no de cómo pueden ser respetados nuestros derechos en un Estado islámico. Me aproximaré, pues, al tema desde las categorías occidentales, del mismo modo que cuando las autoridades islámicas enjuician nuestro Derecho lo hacen desde sus propias coordenadas, y esto aunque nuestro Derecho sea aplicado en nuestro propio territorio, no en el suyo. Así, por ejemplo en algunos Estados alemanes está prohibido el modo de matar a los animales, tal como prescriben las normas alimentarias del régimen islámico, y por eso la Universidad de El Cairo pronunció en 1982 una *fatwa* contra el Gobierno alemán (2).

¿Es posible que la *sharía* se aplique en los Estados occidentales en virtud de la libertad religiosa que se concede a las personas físicas y las confesiones en cuanto personas jurídicas en los ordenamientos jurídicos occidentales? Ésta es la cuestión central que se plantea en este trabajo.

Partimos, por tanto, de conceptos, de categorías como ordenamiento jurídico y libertad religiosa, tal como son entendidas en Occidente, y que tal vez desde la perspectiva islámica sean impropias. Desconozco si la literatura islámica emplea o no el concepto de ordenamiento jurídico para referirse a la *sharía*, pero,

(2) J. NIELSEN, *Juridical problems facing Muslims in Western Europe*, en Pontificia Commissione per la Pastorale delle Migrazioni e del Turismo, n. 41. Menschen Unterwegs. Islam e mobilità umana, XIV, mayo de 1984, pág. 144.

desde luego, es claro que en el islam no hay un concepto de libertad religiosa en el sentido occidental, puesto que no se reconoce a los fieles islámicos el derecho a cambiar de religión. Como ha expuesto con rigor Combalía (3), refiriéndose al Derecho islámico, hay que hablar, más que de libertad, de tolerancia (4).

2. LUCES Y SOMBRAS EN LAS RELACIONES INTERORDINAMENTALES ENTRE DERECHO ESTATAL Y DERECHO ISLÁMICO

El artículo 16.3 es un mandato que la Constitución impone a los poderes públicos, un deber de éstos de cooperar con las confesiones religiosas. De ahí que el tema de la ponencia que se me ha asignado pueda y deba también afrontarse desde una vertiente institucional. Los poderes públicos deben mantener relaciones de cooperación con las entidades islámicas. ¿Cómo debe realizarse esa cooperación? ¿Es posible que esa cooperación sea a través de la relación entre ordenamientos jurídicos?

2.1. *Conveniencia de aplicar la teoría del ordenamiento jurídico*

2.1.1. *Desde el punto de vista del Derecho del Estado*

A la aplicación de la teoría de las relaciones entre ordenamientos jurídicos para intentar explicar las relaciones entre el Derecho español y el islam, puede objetársele que se están trasladando aquí paradigmas clásicos de las relaciones entre la Iglesia católica y los ordenamientos estatales, que no se avienen con la naturaleza y la historia de las relaciones entre el islam y los Estados en los que vive.

Sin embargo, conviene recordar que la teoría del ordenamiento jurídico no es una construcción canónica, sino una explicación del modo de entender el Derecho surgida en el Derecho público italiano, o quizá más propiamente en el seno de la Teoría del Derecho elaborada por la doctrina italiana (5). La doctrina

(3) Z. COMBALÍA, «Derecho islámico: ¿libertad o tolerancia religiosa?», en *iustel.com Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003.

(4) M. J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, 2009.

(5) M. S. GIANNINI, «Gli elementi degli ordinamenti giuridici», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1958, págs. 219 y sigs. IDEM, «Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici», en *Atti del XIV Congresso Internazionale di Sociologia*, vol. IV, Roma, 1950, págs. 1-17. A. GUARINO, «Il concetto di ordinamento giuridico alla luce dell'esperienza romana», en *Archivio giuridico*, 1953,

canónica se sirvió posteriormente de ella para explicar la estructura del Derecho canónico (6) y las relaciones del Derecho canónico con los ordenamientos estatales (7), pero —como se ha dicho— no es una elaboración de origen confesional. Si se elige este paradigma para intentar explicar las relaciones institucionales entre el islam y el Estado, es porque la teoría de los ordenamientos jurídicos reconoce plena autonomía a cada ordenamiento jurídico primario dentro de su ámbito, y ello garantiza tanto la autonomía de la confesión religiosa (8) como la laicidad del Estado (9).

2.1.2. Desde el punto de la confesión religiosa

Ciertamente, la teoría del ordenamiento jurídico recuerda bastante a la visión suareciana de la «comunidad perfecta». Para Suárez, «comunidad perfecta

págs. 3 y sigs. En España, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 14.^a ed., Pamplona, 2008, capítulo II. A lo largo de este trabajo, se incluyen otras aportaciones tanto de la doctrina española como de la italiana.

(6) P. LOMBARDÍA, «Estructura del ordenamiento canónico», en AA.VV., *Derecho canónico*, vol. I, Pamplona, 1974, págs. 161 y sigs. P. J. VILADRICH, *El Derecho canónico*, *IBIDEM*, especialmente, págs. 59-62.

(7) En la bibliografía italiana, merece destacarse a G. P. CARON, «Il concetto di “institutio” nel Diritto della Chiesa», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 1959, págs. 328 y sigs. V. DEL GIUDICE, «Contributi di Santi Romano nello Studio dei problemi di diritto canonico e di diritto ecclesiastico», en *Il Diritto Ecclesiastico*, 1947, págs. 277 y sigs. Más recientemente, M. RICCA, *Metamorfosi della sovranità e ordinamenti confessionali: profili teorici dell'integrazione tra ordinamenti nel Diritto ecclesiastico italiano*, Torino, 2000. En la bibliografía española, A. BERNÁRDEZ CANTÓN, «Problemas generales del Derecho eclesiástico del Estado», en AA.VV., *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, Madrid, 1972, págs. 3 y sigs. P. LOMBARDÍA, «Fuentes del Derecho eclesiástico español», en AA.VV., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona, 1980, págs. 204-207. I. C. IBÁN, «Derecho canónico y Derecho eclesiástico», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, 1987, págs. 23 y sigs. Y en la década actual, M. A. CAÑIVANO, *Las normas religiosas en el Derecho español. La eficacia civil de los ordenamientos jurídicos de las confesiones religiosas: católica, musulmana, judía y protestante*, Barcelona, 2005, págs. 15-21. J. BOGARÍN DÍAZ, «Factor religioso y relaciones entre ordenamientos jurídicos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2007, págs. 51-141.

(8) M. J. ROCA, «Derechos confesionales e integración de las Confesiones religiosas. Aspectos institucionales y personales: de la autonomía a la objeción de conciencia», en J. FERREIRO GALGUERA (coord.), *Jornadas jurídicas sobre libertad religiosa en España*, Madrid, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, 2008, págs. 213-242.

(9) M. J. ROCA, «“Teoría” y “práctica” de la laicidad. Acerca de su contenido y su función jurídica», en *Persona y Derecho*, núm. 53, 2005, págs. 223 y sigs. *IDEM*, «Laicidad del Estado y garantías en el ejercicio de la libertad: dos caras de la misma moneda», en *El Cronista del Estado de Derecho*, núm. 3, 2009, págs. 44 y sigs.

es también la comunidad religiosa por haber sido el mismo Dios el que la instituyó bajo un jefe que Él designó y con un lazo de unión dirigido al fin sobrenatural» (10). Sin embargo, aquí se seguirá la exposición de Santi Romano, porque, a su juicio, la pluralidad de los ordenamientos jurídicos constituye un corolario de la teoría de la institución (11), no de la revelación sobrenatural, como en la teoría suareciana.

Expondremos brevemente las características de un ordenamiento jurídico primario, siguiendo a Santi Romano, para intentar responder a la cuestión de si es posible que el Estado español mantenga con el islam unas relaciones institucionales que puedan ser calificadas de relaciones interordinamentales. Naturalmente, al intentar responder esta pregunta, nos estamos refiriendo a si el islam —más propiamente la *sharía*— es un ordenamiento jurídico, no a si los Estados que asumen la *sharía* como la base de su Derecho (12) son o no Estados constitucionales de Derecho (13).

2.2. La sharía, ¿un ordenamiento jurídico?

2.2.1. Caracteres del ordenamiento jurídico primario

Como se recordará, en la concepción de Santi Romano, Derecho, institución y organización son términos que se identifican (14). Por tanto, al señalar

(10) «Eo quod ab ipso Deo instituta sit sub aliquo capite ab ipso designato et cum aliqua unione in ordine ad supernaturales finem, De Legibus», I, 6, 18, pág. 120, cita de E. MIKUNDA FRANCO, *Derechos Humanos y mundo islámico*, Sevilla, 2001, pág. 101, nota 17.

(11) A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della doctrina de Santi Romano*, 2.^a ed., Milano, 1980, pág. 37.

(12) Para consultar qué Estados de los pertenecientes a Naciones Unidas, contienen en sus constituciones una referencia a la *sharía*, puede verse, A. VEGA, Z. COMBALÍA, B. GONZÁLEZ y M. J. ROCA, *La libertad religiosa en los Estados pertenecientes a la ONU. Repertorio de textos constitucionales*, Granada, 2003.

(13) V. RAMDANE BABADJI, «Aproximación a las relaciones de la charia y el Derecho positivo en el mundo árabe», en A. BORRÁS y S. MERNISSI (coord.), *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Barcelona, 1998, págs. 67 y sigs. E. MIKUNDA FRANCO, *Derechos Humanos y mundo islámico...*, págs. 135 y sigs.

(14) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, traducción y estudio preliminar de S. Martín Retortillo, Madrid, 1963, pág. 135, «si el Derecho no puede concretarse y adquirir cuerpo sino en la institución y si, inversamente, todo lo que está socialmente organizado, viene absorbido como elemento de aquella y adquiere carácter jurídico, puede sacarse la consecuencia de que el Derecho es el principio vital de toda institución, es decir, lo que vivifica y mantiene conjuntados los distintos elementos de los que ella resulta y lo que precisamente determina, fija y conserva la estructura

los caracteres fundamentales de la institución (15), según Santi Romano, se está haciendo referencia a los caracteres del ordenamiento jurídico (16). Ante la numerosa variedad de instituciones, Romano opta por no señalar más que los elementos de la institución más compleja (el Estado). No obstante, siguiendo su pensamiento, a nuestro entender, estos caracteres (17) son: la existencia objetiva, el cuerpo social, la autonomía, y la unidad de la institución. Veamos a continuación algo más de cada uno de estos factores que constituyen la esencia de un ordenamiento jurídico.

2.2.1.1. Existencia objetiva

Por lo que se refiere al carácter objetivo, la teoría romaniana se fundamenta en la distinción entre Derecho objetivo y las meras relaciones jurídicas subjetivas. A su juicio, las relaciones jurídicas subjetivas no tienen sustantividad propia, sino que presuponen la conexión entre personas, mientras que la institución es Derecho objetivo porque es un ente, es un cuerpo social que tiene una realidad efectiva y concreta en el mundo jurídico. «Implica la existencia de relaciones, pero no se reduce a ellas, sino que más bien las precede en el sentido de constituir la organización o estructura necesaria para que esas relaciones puedan ser calificadas como jurídicas en la medida en que se desenvuelvan

de los entes inmateriales [...]. Recíprocamente la institución es siempre un régimen jurídico. [...] No son dos fenómenos que estén en una cierta relación, que el uno corresponda al otro; se trata, por el contrario, de un mismo y único fenómeno».

(15) Crítica el concepto de institución de Santi Romano, R. GUASTINI, «Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico” de un diccionario», en *Doxa*, núm. 27, 2004, págs. 249-250, con base en dos argumentos. El primero, es que «ningún individuo o grupo de individuos puede ser identificado como institución (o como órgano) si no es a la luz de un conjunto de normas (constitutivas) que le atribuyen tal valor» y el segundo, es que «una institución parece reducible al conjunto de normas que determinan su funcionamiento».

(16) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, págs. 122 y sigs.

(17) C. M. GARCÍA MIRANDA, «La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pág. 292, ha puesto de manifiesto que «la dificultad de la obra de Santi Romano radica en que a la hora de fundamentar su concepto de Derecho, éste se remite a los elementos claves que lo integran, el de sociedad, el de organización y el de orden, pero sin definir claramente qué entiende por tales términos. Así con la idea de sociedad, parece pretender dar cabida a la realidad social que se manifiesta en cada momento, y que, junto con una ordenación específica por el Derecho, dará lugar a una de las diversas manifestaciones de la institución. De ahí que Romano rehúya enumerar los elementos concretos con los que ha de contar toda institución, pues éstos habrán de especificarse en cada caso». Romano señala elementos concretos para el Estado, para las demás formas de convivencia humana reguladas por el Derecho, dada la amplitud de sus manifestaciones, no lo hace.

dentro de su órbita. La institución es unidad; la relación, jurídica o no, postula siempre pluralidad» (18).

Para que surja una institución no basta, pues, con que existan personas vinculadas entre sí por simples relaciones, sino que es preciso que entre ellas se establezca un vínculo con mayor significación orgánica: es necesario que se forme la estructura social de la que dependen y por la que sean regidas no sólo sus relaciones singulares, sino, sobre todo, su misma situación (19).

«El ordenamiento jurídico no sólo regula relaciones, y menos aún si se entienden en el sentido de relaciones recíprocas entre los correspondientes derechos y obligaciones, viene a faltar todo fundamento a la teoría comúnmente admitida —aunque con frecuencia contraria al Derecho positivo—, de que a toda obligación jurídica de un sujeto debe corresponderle el derecho de otro» (20). Esto no puede sostenerse en el ámbito del Derecho público, donde se nos muestran una serie de obligaciones de los entes públicos que no tienen como correlato ninguna pretensión respecto de los particulares (21).

Esta concepción que integra a la organización como un aspecto esencial del Derecho objetivo (y no un elemento prejurídico, ni secundario dentro del Derecho) es uno de los aspectos más originales de la teoría de Santi Romano, y tal vez la razón fundamental por que ha alcanzado tan decisiva influencia en el Derecho público.

(18) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 158, «la institución no se concreta nunca en una o en varias relaciones jurídicas determinadas; la relación jurídica apunta a una concepción subjetiva del Derecho en cuanto presupone como puntos de referencia dos términos al menos. Uno de ellos será en nuestra opinión una persona, considerada en su totalidad o sólo parcialmente en alguno de sus aspectos o en alguno de sus órganos, si se trata de una persona jurídica; el otro, estará integrado o por la misma persona —si al órgano señalado se le contrapone otro—, o por el objeto de un derecho u obligación de aquélla. La relación jurídica no es, por tanto, una entidad con sustantividad propia, sino que presupone una conexión entre entidades distintas, entendiéndolas en un sentido amplio. La institución, por el contrario, es el Derecho objetivo, y es Derecho objetivo porque es un ente, es un cuerpo social que tiene una realidad efectiva y concreta en el mundo jurídico (*ebenda*).

(19) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 159.

(20) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 188.

(21) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, págs. 188-189.

2.2.1.2. Cuerpo social

Para la existencia de la institución —o lo que es lo mismo, el ordenamiento jurídico (22)— se requiere un cuerpo social. Entre la institución y el ordenamiento se da una correspondencia recíproca.

El ordenamiento jurídico es sustancialmente organización, posición de un ente social como tal ente y entre sus miembros. Allí donde hay un ente social organizado (de cualquier clase, incluso una agrupación de bandidos) hay un ordenamiento jurídico en sentido propio (*ubi societas, ibi ius*) (23). Romano no expone con claridad cuál es el contenido de lo que él denomina elemento clave de la estructura institucional (24): la organización. Lo define como el factor que hace posible la unidad y la vinculación entre todos los elementos integrantes de la institución. De ahí que no falte quien considere que «identifica el elemento de la organización con la idea de unidad de los distintos elementos de la organización jurídica» (25).

2.2.1.3. Autonomía

El tercero de los caracteres propios de un ordenamiento jurídico es la autonomía (26): Todo ordenamiento jurídico implica la necesidad de una previa organización; prácticamente, puede decirse que no existe un ordenamiento de

(22) G. ROBLES MORCHÓN, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del Derecho*, Pamplona, 2007, pág. 23, entre la institución y el ordenamiento jurídico —según Santi Romano— existe una perfecta identidad; «la institución es un ordenamiento jurídico objetivo» (citando la pág. 120 de la obra de Santi Romano). «Por mucho que se esfuerza Romano, no acierta a separar el sustrato social de la institución del ordenamiento jurídico con el que se identifica. Si originariamente toda institución es una realidad social, no dejará de serlo aun cuando se la sustituya por el ordenamiento jurídico, ya que ambos son la misma cosa».

(23) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 70.

(24) En el mismo sentido se expresa C. M. GARCÍA MIRANDA, *La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico...*, pág. 294.

(25) En este sentido se expresa C. M. GARCÍA MIRANDA, *La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico...*, pág. 294.

(26) R. GUASTINI, «Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico”...», pág. 275, no habla de autonomía del ordenamiento sino de «independencia recíproca» de los ordenamientos entre sí (frente a la relación de supraordenación-subordinación entre ordenamientos, que sería el concepto contrario). En nuestra opinión el significado es el mismo. Sobre la autonomía, *vid.*, M. S. GIANNINI, «Autonomia», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1951, págs. 851 y sigs.

Derecho sin una organización (27). Las deficiencias del Derecho internacional (condición de igualdad y de recíproca independencia en la que se encuentran sus miembros) no son una falta de organización sino una característica de esa organización concreta (28). La carencia de organización sí es un obstáculo para que se le pueda llamar institución; la peculiaridad, no.

2.2.1.4. Unidad

Por cuanto atañe a la unidad (29), se hace referencia a que cada ordenamiento jurídico debe ser considerado como una unidad (30), no a que exista un único ordenamiento jurídico (31). «El sentido unitario del ordenamiento se expresa, antes que en el agregado de normas casuísticas que en él se integran, en un conjunto de principios estructurales que no siempre, ni las más de las veces, están formulados expresamente como tales (32).

(27) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, págs. 9-10, en nota.

(28) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 145. M. GARCÍA MIRANDA, *La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico...*, pág. 295.

(29) Sobre la unidad del ordenamiento jurídico, cfr. N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, trad. Eduardo Rozo Acuña, Madrid, 1991, págs. 154 y sigs. C. M. GARCÍA MIRANDA, *La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico...*, pág. 293, «el término organización en la teoría ordinal viene a significar la exigencia de unidad, de cohesión o vinculación de los elementos que integran el Derecho». Ver también en este sentido, la pág. 296. IDEM, «El principio de unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio», en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 1, <http://www.uv.es/CEFD/1/miranda.html>. Consulta del día 23-XII-2010. Incluso los críticos de la teoría romaniana consideran que el ordenamiento es una unidad consistente y coherente, cfr. R. GUASTINI, «Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico”...», pág. 270, siguiendo a Tarello.

(30) En palabras de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 70, «el ordenamiento jurídico resulta ser una unidad con vida propia, independiente y distinta de la de las propias normas, que son tales, precisamente en cuanto se integran en él».

(31) G. ROBLES MORCHÓN, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas...*, pág. 39, exponiendo la concepción de Kelsen «desde el punto de vista jurídico, que es el de la ciencia del Derecho, sólo hay un Derecho, por mucho que sus manifestaciones concretas difieran entre sí. La unidad del Derecho deriva de la unidad del punto de vista, que no es otro que el de la ciencia del Derecho». Dicho de otro modo, «la unidad de la perspectiva deriva de la unidad del objeto» (pág. 39).

(32) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo...*, pág. 70. En la doctrina italiana con frecuencia se denomina a esta característica de la unidad *completezza*, cfr. A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962.

2.2.2. *La teoría ordinamental y la pluralidad de ordenamientos*

Existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones (33). Por eso hay pluralidad de ordenamientos jurídicos, porque hay pluralidad de instituciones. «Es bastante común la opinión que sostiene que todos los ordenamientos, sin excepción alguna, deben reducirse al Derecho estatal; sería el Estado, según esta tesis, quien les imprimiría carácter jurídico, bien de manera directa al constituirlos, o simplemente al reconocerlos; y —cuando tal reconocimiento no se diera, en el caso de las instituciones hostiles al Estado o contrarias a los principios básicos de su Derecho—, habría que considerar antijurídicas tales instituciones, no sólo en relación con tal Estado, lo cual es natural, sino antijurídicas en sí y de por sí. No habría más ordenamientos jurídicos auténticos que el ordenamiento estatal y el interestatal; todos los demás serían como pertenencias de aquél, mediatas o inmediatas, partes integrantes de un sistema o, como máximo, satélites suyos. El Derecho sería sólo una fuerza o voluntad que irradiaría del Estado —en la comunidad internacional de los distintos Estados— y nada más que de él (34).

Para Santi Romano, la opinión doctrinal según la cual todos los ordenamientos, sin excepción alguna, deben reducirse al Derecho estatal es un residuo de la concepción naturalista del Derecho, con la que, aparentemente, está en abierta contradicción. «Es propio de tal concepción configurar el Derecho como la actuación concreta, que deberá ser única y uniforme, de un principio trascendental y absoluto de justicia abstracta y eterna, negando, por tanto, el carácter de Derecho a todos los ordenamientos sociales que no puedan considerarse en conexión con tal principio, aunque sólo sea como intento, incluso imperfecto, de llevarlo a cabo, o lo que es peor, a los que se declaran contrarios a esa idea de justicia. Tales puntos de vista son el fundamento de la doctrina que ve en el Estado el único elemento productor de Derecho» (35).

El derecho islámico se afirma a sí mismo como jurídico, y como tal ha sido siempre considerado. Evidentemente, el Derecho islámico no deriva del Estado. Es más, sus elementos esenciales están en manifiesto contraste con los del Derecho del Estado. El Derecho de un Estado referido al factor religioso es siempre mucho más restringido en su ámbito que el ordenamiento establecido

(33) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 205. Sobre la pluralidad de ordenamientos, cfr. W. CESARINI-SFORZA, «Ordinamenti giuridici (pluralità degli)», en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965.

(34) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 206.

(35) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 209.

por las confesiones religiosas (36). El que una institución sea irrelevante para el Derecho del Estado, no significa que por ello deje de ser jurídica, si están regulados y garantizados por todo un sistema de normas, de órganos, de tribunales y de sanciones internas (37).

La doctrina según la cual sería el Estado quien atribuyera la impronta jurídica al ordenamiento confesional afirma que el poder de la confesión para establecer su propio Derecho no es originario y propio, sino que le vendría atribuido por el Estado. En el caso de un Estado laico (38), no se podría dar esa atribución ni por autarquía ni por delegación, sino que se daría entonces la figura de la autonomía» (39).

Puede pensarse que es contradictorio que el Estado reconozca la autonomía de las confesiones y luego no les reconozca eficacia civil a las instituciones que éstas regulan en sus propios ordenamientos. A mí no me parece que esto sea contradictorio, es sencillamente lo lógico. Pero sí tiene como consecuencia que sea el Estado quien esté obligado a justificar por qué no reconoce esa eficacia civil a las instituciones de un Derecho confesional, que el propio Estado de algún modo reconoce, al haber garantizado la autonomía de las confesiones.

La autonomía de las confesiones no puede ser sino un poder que el Estado no atribuye, sino que sólo reconoce. Ello equivale a admitir que tal poder pre-existe al reconocimiento estatal, de modo que este reconocimiento no constituye su fundamento, sino tan sólo una condición necesaria» (40).

La idea de que todo Derecho debe proceder del Estado no se la puede justificar, si no es manteniendo, por un lado, que el Derecho positivo no pueda y no deba ser más que un producto del Derecho natural; y, por otro lado, que el Estado, al menos hoy, es el único ente que tiene la posibilidad de interpretar y de verter en sus leyes el Derecho natural. Se llega así a la concepción hegeliana del Estado: el Estado es la totalidad ética (41).

El reconocimiento del Estado como único ente productor de Derecho es contrario a la concepción del Derecho como institución; esto es, a la idea de que el ordenamiento jurídico, antes de ser declarado por el legislador, está presente

(36) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 217, ya lo advirtió así hace muchos años el gran maestro italiano.

(37) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 217.

(38) A. OLLERO TASSARA, *España: ¿un estado laico?: la libertad religiosa en perspectiva constitucional*, 2.ª ed., Pamplona, 2010.

(39) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 216, siguiendo a Jellinek.

(40) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 219.

(41) S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico...*, pág. 209.

como ya formado en la conciencia social (42). Si bien es cierto que existen diferencias entre las distintas teorías institucionalistas y las normativistas, y que en principio las teorías institucionalistas son más proclives a reconocer el pluralismo de ordenamientos jurídicos (43) que las normativistas (44), no cabe generalizar (45). Por lo que aquí respecta, basta con lo dicho acerca de la concepción de los ordenamientos jurídicos de Santi Romano (46). Nuestro propósito es servirnos de esta elaborada concepción, que, desde la Teoría General de Derecho, permite la relación institucional entre las confesiones religiosas y el Estado, a través de sus propios ordenamientos jurídicos, considerados ambos autónomos entre sí.

(42) A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico...*, págs. 39-40.

(43) Cfr. W. CESARINI-SFORZA, *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, cit.

(44) A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico...*, pág. 64, Sostiene que no hay tanta diferencia entre Santi Romano y Kelsen, porque ambos admiten la tesis de la subordinación de los ordenamientos estatales al ordenamiento internacional.

(45) La doctrina de Santi Romano se diferencia de la de Gierke en que esta última tiene firme el principio común de que el Derecho objetivo es un conjunto de normas de reglas y de preceptos, pero Santi Romano la considera no como un producto de la institución sino como la institución misma. Esta afirmación tiene como consecuencia que no existe ninguna incompatibilidad entre la teoría de la norma y el pluralismo jurídico (A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico...*, pág. 62). Es verdad que históricamente las más grandes teorías institucionalistas son al mismo tiempo pluralistas, pero no se puede deducir una regla de este tipo: La relación entre institucionalismo y pluralismo es la misma que entre normativismo y monismo (A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico...*, pág. 62). Von Gierke, por ejemplo, es normativista y pluralista; Hauriou no ha desarrollado ninguna teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos a partir de su teoría institucionalista. Un normativista puede ser tanto pluralista como monista, mientras que un institucionalista, puede no desarrollar su teoría, pero si la desarrolla no puede ser un monista, debe ser un pluralista (pág. 63). El ejemplo más claro de normativista y pluralista es Kelsen (pág. 63).

(46) A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico...*, pág. 188, recoge la crítica de Caprograssi a Romano. Caprograssi argumenta que a la teoría romaniana le falta acentuar la diferencia entre hecho y ordenamiento. Si se mira al grupo como un hecho y se salta del grupo al ordenamiento, se hace difícil la homogeneidad de la totalidad del Derecho, coger el Derecho como experiencia e individuar el nexo entre orden jurídico y voluntad del sujeto. Según Tarantino la crítica de Caprograssi a Romano se debe a que el primero argumenta en el plano filosófico y el segundo en el plano de la teoría del Derecho, por eso el primero se permite decir que la teoría de Romano es incompleta, el «ordenamiento se queda como algo superior y absorbente, que engloba en su unidad al sujeto y que en sustancia lo priva de toda función y de toda autonomía. Para Caprograssi el Derecho es anterior a la institución, el Derecho es la experiencia, el principio que transforma el hecho en ordenamiento.

2.2.3. *A modo de síntesis*

Si se considera que el rechazo de Santi Romano al proceso de estatalización de la sociedad, se funda sobre el rechazo del Derecho como expresión de la voluntad del legislador y, especialmente, del legislador estatal (47), encontramos una nueva confluencia entre las características de la *sharía* y las del ordenamiento jurídico. En la concepción islámica, el Derecho no es expresión del legislador estatal, sino de la voluntad divina. Pero en el islam, al menos en el islam sunita, no hay intermediarios entre Dios y los hombres. El imán no es el máximo representante de la comunidad musulmana (48). De ahí que falte la vertiente organizativa e institucional inherente a todo ordenamiento.

Ello no supone que la *sharía* por sus características propias no pueda ser Derecho plenamente aplicable. Ahora bien, cuando lo es, lo es precisamente con la estructura organizativa e institucional de un Estado. Así, la Constitución de Arabia Saudí es la *sharía* (49). Es decir, en este país de escuela hanbalita la *sharía* es la ley suprema directamente aplicable (50). En muchos otros países musulmanes las constituciones respectivas declaran que la *sharía* es al menos una de las fuentes de la legislación. En la actualidad, la mayor parte de los países musulmanes no aplican directamente el Derecho islámico clásico, sino que han promulgado unos Códigos de Derecho de familia que se inspiran directamente en la *sharía* (51). Túnez es el único país musulmán que ha prohibido la poligamia, amparándose precisamente en la tradición islámica (52). Pero esto último, al fin y al cabo, es la misma vigencia de la *sharía* bajo una interpretación distinta de sus contenidos.

A la afirmación de que la *sharía* no es un ordenamiento jurídico autónomo respecto del ordenamiento jurídico del Estado puede objetarse que la

(47) A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina de Santi Romano*, 2.^a ed., Milano, 1980, pág. 39.

(48) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización del Islam en España», en *Religión y Derecho*, núm. 1, 2006, pág. 76.

(49) M. BORRMANS, «Le libertà religiose nei Paesi musulmani tra teoria e prassi», pág. 75.

(50) M. BORRMANS, «Le libertà religiose nei Paesi musulmani tra teoria e prassi», pág. 75.

(51) Z. COMBALÍA, «Repudio islámico y modernización del Derecho en el mundo musulmán», en *Derecho y Religión*, núm. 1, 2006, pág. 229, siguiendo a Coulson, señala Combalía que la solución de estos países se encuentra en una noción de ley, que permita un código de conducta fundado sobre ciertos principios religiosos fundamentales e inalterables, pero que en el interior de esos límites, no descuide el factor de cambio y permita la adopción de reglas exógenas cuando éstas sean aceptables para la opinión musulmana corriente.

(52) Z. COMBALÍA, *Repudio islámico y modernización del Derecho en el mundo musulmán...*, pág. 230.

sharía tiene siglos de probada vigencia (53). Es más, tenía eficacia jurídica mucho antes del surgimiento de los Estados occidentales. Ciertamente así es, pero su vigencia ha estado siempre necesitada de las autoridades seculares. Es decir, nunca ha tenido autonomía respecto del poder temporal. El hecho de que la idea de una jerarquía religiosa que aplique el Derecho islámico sea una idea extraña al islam, y, en cambio, sean las autoridades civiles quienes aplican los preceptos de la *sharía* podría considerarse que no obsta para que la *sharía* sea considerada un ordenamiento jurídico. Que el Derecho religioso se ejecute por autoridades civiles, sería simplemente una peculiaridad del Derecho islámico, que no impediría su consideración como ordenamiento jurídico. Esto puede admitirse, pero entonces no sería un ordenamiento jurídico autónomo o primario, sino en una relación de supraordenación-subordinación entre ordenamientos. Todavía cabría entrar a debatir cuál de ellos es el supraordenado y cuál el subordinado, pero este tema no tiene aquí interés, lo que importa retener es que no es posible hablar de relación entre ordenamientos autónomos, cuando hablamos del Derecho islámico y del Derecho de un Estado occidental.

2.2.4. *Las relaciones entre el Derecho en Europa y los fieles islámicos, ¿relaciones con la sharía o con el Estado de origen del fiel islámico?*

Como se ha visto, hay una serie de elementos, sobre todo el aspecto social (la comunidad), que permitirían hablar de la *sharía* como ordenamiento jurídico, o la *umma* como institución. Pero encontramos a nuestro juicio una objeción que dificulta, cuando no imposibilita, esta consideración. La carencia de una organización propia de la comunidad islámica. Ciertamente, algunos contenidos del Derecho islámico (el tratamiento jurídico de la apostasía es quizá el más llamativo) plantean también dificultades en el seno de un Estado democrático de Derecho, pero éstas han de ser vistas al tratar el reconocimiento de los preceptos de la *sharía* a través del reconocimiento jurídico de la libertad religiosa a los miembros que profesan la religión islámica, no al tratar de las relaciones entre ordenamientos jurídicos (54).

(53) G. M. MORÁN GARCÍA, «La tradición jurídica islámica desde los orígenes del islam al modelo político-religioso califal: su influencia e interacción cultural en la Europa medieval», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, págs. 577 y sigs.

(54) Santi Romano considera que las reglas de una banda de ladrones son también un ordenamiento jurídico. Es decir, la justicia o no del contenido de unas reglas jurídicas no prejuzga su carácter de ordenamiento jurídico.

Resulta conocido que una de las características del Derecho islámico es la ausencia de distinción entre Derecho y Religión. Los preceptos (55) de la *sharía* se consideran dictados por Alá directamente. De ahí que su incumplimiento sea a la vez pecado e infracción jurídica, obligue sólo a los creyentes, y sea inmutable, pues Alá lo dictó para siempre. El Derecho se considera revelado por Dios, de forma explícita en el Corán, implícita en la *sunna* o de forma difusa en la *iyma'a*. Por analogía se pueden resolver la mayor parte de los casos que no estén previstos en las diferentes formas de la revelación.

Pues bien, siendo las características antes mencionadas común y generalmente aceptadas en todo el islam, no existe, sin embargo, una autoridad religiosa común a toda la *umma*. En lógica consecuencia con su propia concepción del Derecho (que no admite distinción de la Religión), son las autoridades civiles o seculares las que aplican la *sharía*. También cuando surgen conflictos con las aspiraciones de los musulmanes en Occidente, se pronuncian las autoridades civiles, no las religiosas. De ahí que «en los países islámicos en los que toda la sociedad está organizada según criterios islámicos, el problema de su representación no se plantea. No es infrecuente que la autoridad política asuma pacíficamente el control y dirección de los asuntos religiosos» (56). Como ha puesto de relieve Mantecón, «el islam no se organiza en circunscripciones territoriales, ni en circunscripciones constituidas con base en criterios personales, porque no hay diferencias entre musulmanes en cuanto tales. Tampoco existe una jerarquía religiosa establecida con base en la revelación coránica. Existe una praxis según la cual, quien ostenta la autoridad social —política— ostenta también la dirección de los asuntos religiosos, ya que la única soberanía corresponde a Dios» (57).

En suma, el problema de la representación institucional del islam deriva de que carece tanto de una organización unitaria como de ministros de culto, es decir de personas que asuman la dirección y gobierno de los fieles en materia religiosa (58).

(55) Los preceptos jurídicos son casi todos casuísticos, sin orden, y dejando numerosas lagunas que los alfaquíes en su labor pretendieron ordenar y llenar. Así construyeron un sistema jurídico en el que hay preceptos rituales, políticos y jurídicos, que distribuyeron en este orden: matrimonio, Derecho procesal, Derecho penal.

(56) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España», en *Derecho y Religión*, núm. 1, 2006, pág. 166.

(57) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 170.

(58) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 166.

2.2.4.1. Déficit organizativo de la comunidad islámica en algunos Estados europeos

Expondremos en este apartado algunos supuestos que revelan el déficit organizativo antes mencionado. Así, por ejemplo, en Austria, fue el Gobierno turco (no una autoridad religiosa), quien se pronunció por las clases de Religión islámica que se impartían sin su autorización. El Gobierno turco es muy reacio a que se impartan clases de religión a alumnos turcos, cuyos profesores no estén autorizados o propuestos desde la embajada. La embajada turca en Viena emitió una declaración, en la que se expresó en contra de que maestros de otra nacionalidad impartan clases de religión islámica a alumnos turcos; también se manifestó en contra de que las clases de religión fueran impartidas en alemán. Así mismo, se exhortaba a los padres a dar de baja a sus niños de las clases de religión, en caso de que no se cumplieran estos requisitos (59).

Estos problemas de falta de jerarquía interna de la comunidad islámica, se aprecian también en la República Federal de Alemania. La petición simultánea del reconocimiento de corporación de Derecho público por parte de varias asociaciones islámicas, trata en realidad de hacerse con el influjo dominante sobre los islámicos que viven en Alemania (60). Este dato es muy interesante, pues el instrumento de la corporación (61) es un modo de que el Estado alemán les preste a los musulmanes desde fuera de su Derecho confesional la organización que no tienen, para poder gobernarse mejor (por no decir abiertamente controlarse). Los distintos grupos del islam en Alemania tienen que ver, en parte, con cuestiones religiosas u orientaciones tradicionales dentro del islam; pero tam-

(59) Esta declaración tuvo lugar antes del comienzo del curso académico de 1983, cfr. S. BALIČ, «Die Muslime im Westen-Ihre menschlichen und religiöse Probleme», en *Pontificia Commissione per la Patorale delle Migrazioni e del Turismo*, núm. 41, *Menschen Unterwegs; Islam e mobilità umana*, XIV, mayo de 1984, pág. 121, la clase de religión es pedida por muchos alumnos. El Gobierno turco ha enviado algún docente bien formado en Teología y Pedagogía, pero no siempre ocurre esto. Con frecuencia las clases de religión las imparten inmigrantes que recitan el Corán de memoria en árabe.

(60) A. ALBRECHT, «Die Verleihung der Körperschaftsrechte an islamische Vereinigungen», en *Kirche und Recht. Zeitschrift für die kirchliche und Staatliche Praxis*, núm. 1, 1995, pág. 25. S. MUCKEL, «Muslimische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts», en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1995, págs. 311 y sigs.

(61) Además de las obras clásicas sobre las confesiones con estatuto de corporación de Derecho público, remitimos al estudio reciente más extenso sobre el tema: H. M. HEINIG, *Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften*, Berlín, 2003.

bién con distintas orientaciones políticas dentro de Turquía (62). Ésta es, como se ha dicho, una de las dificultades para aplicar la teoría de los ordenamientos jurídicos: que al no haber separación entre Estado, Derecho y Religión, no se sabe si la relación del Derecho de un Estado occidental lo es con el islam o con el Derecho de un Estado islámico (Turquía, por ejemplo, en los casos mencionados).

En el caso de la República Federal de Alemania, existen también otras dificultades para que las comunidades islámicas puedan llegar a alcanzar el *status* de corporación de Derecho público. Además de los peculiares condicionamientos que supone la organización federal del Estado, que implica la necesidad de que el reconocimiento por parte de la federación de ese *status* vaya precedido del reconocimiento del mismo *status* por parte de los *Länder* en los que el islam tiene miembros, el requisito para obtener el *status* de corporación de Derecho público que supone quizá la mayor dificultad, es el de la concordancia con las bases culturales del Derecho constitucional (63). El Estado constitucional de Derecho permite también en su seno a las posiciones que son disidentes, pero la Ley Fundamental alemana prohíbe que se otorgue poder público a esas organizaciones disidentes de las bases culturales del Estado de Derecho (64). Cuando el Estado otorga el *status* de corporación de Derecho público a una Religión (65), la corporación puede ejercer poder público en determinados ámbitos (66). Por eso, antes de que se otorgue ese reconocimiento, es necesario que se garantice a los miembros de la corporación sus derechos frente a eventuales ejercicios ilegítimos de ese poder público en el seno de la corporación (67). El problema aquí

(62) A. ALBRECHT, «Die Verleihung der Körperschaftsrechte an islamische Vereinigungen...», pág. 25.

(63) A. ALBRECHT, «Die Verleihung der Körperschaftsrechte an islamische Vereinigungen...», pág. 26.

(64) A. ALBRECHT, «Die Verleihung der Körperschaftsrechte an islamische Vereinigungen...», pág. 27.

(65) Como es sabido, el islam no es la única Religión que ha intentado obtener el *status* de corporación de Derecho público, y no lo ha obtenido, también los Testigos de Jehová (*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas in Deutschland*) intentaron el este reconocimiento, y les fue denegado por el Tribunal Administrativo Federal mediante la sentencia de 26 de junio de 1997. (BVerwG, Urt. v. 26.6.1997, puede verse en «Neue Juristische Wochenschrift», 1997, pág. 2396. Un detallado estudio de la sentencia, puede verse en E. D. BOHL, *Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften. Verleihungsvoraussetzungen und Verfahren*, Baden-Baden, 2001, págs. 118 y sigs.

(66) G. RÖBBERS, «Sinn und Zweck des Körperschaftsstatus im Staatskirchenrecht», en AA.VV., *Festschrift für Martin Heckel*, Tübingen, 1999, págs. 411 y sigs.

(67) S. MÜCKEL, «Grundlagen des Staatskirchenrechts», en J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VII, 3.^a ed., Heidelberg, 2009,

es que la República Federal de Alemania requiere un reconocimiento expreso del Derecho de pertenencia a la corporación sobre la base de la voluntariedad (y, por tanto, que la confesión religiosa acepte el derecho de salida de sus miembros). No basta un simple reconocimiento genérico del ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania.

Como se ha dicho, éste es el principal obstáculo técnico-jurídico para el eventual reconocimiento del islam como corporación de Derecho público en Alemania. Sin embargo, a juicio de la doctrina de ese país, donde está el déficit principal que impide que se les pueda otorgar el reconocimiento de corporación de Derecho público, es en una cuestión de fondo más difícil de superar que las cuestiones de técnica en la correcta aplicación de las categorías jurídicas (68). El obstáculo de fondo está en que estas organizaciones no tratan de realizar un principio objetivo, ni actúan en el sentido vinculante en el que actúa una religión (69).

2.2.4.2. Problemas organizativos en España

La comunidad islámica española no tiene un interlocutor único que goce suficiente legitimidad y representatividad (70). Jiménez-Aybar habla de unos representantes que no representan al islam (71) y Martos Quesada equipara la situación actual a los «reinos de taifas» (72). «El problema en España (al igual que en el resto del mundo occidental) estriba en que la minoría musulmana se encuentra con un marco político-social ajeno a los parámetros islámicos y carece, por tanto, de referencias organizativas para su vida» (73). Estos problemas del islam en nuestro país se han sintetizado por Mantecón en dos aspectos: el

núm. marginal, 93 y sigs. A. ALBRECHT, «Die Verleihung der Körperschaftsrechte an islamische Vereinigungen...», pág. 29.

(68) S. MUCKEL, «Wann ist eine Gemeinschaft Religionsgemeinschaft?», en W. REES (ed.), *Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, Berlín, 2004, págs. 715 y sigs.

(69) A. ALBRECHT, «Die Verleihung der Körperschaftsrechte an islamische Vereinigungen...», pág. 29.

(70) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 83. Reclama también la necesidad de una sola voz interlocutora, J. MARTOS QUESADA, «Derecho islámico y Derechos europeos», en *Revista de Ciencias de las Religiones*, núm. 21, 2007, pág. 177.

(71) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 81.

(72) J. MARTOS QUESADA, «Derecho islámico y Derechos europeos», en *Revista de Ciencias y Religiones*, núm. 21, 2007, pág. 177.

(73) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 167.

primero es la defectuosa captación por nuestro sistema jurídico de la realidad confesional típica del islam; y el segundo es la defectuosa constitución de la entidad institucional representativa del islam en España. «Quizá el orden lógico de búsqueda de las soluciones sea el inverso a las de planteamiento. Es decir, si se consiguiera identificar un interlocutor realmente representativo, se podrían buscar conjuntamente entre los poderes públicos y los representantes confesionales, las respuestas adecuadas a los dos bloques de preguntas precedentes» (74). Hay un buen número de entidades islámicas en España, bastante representativas, que están al margen de la CIE, como, por ejemplo, el *Consell Islàmic de Catalunya*, La Comisión Islámica de Ceuta, El Consejo cultural Islámico de Imanes y Mezquitas Canarias o el Consejo Islámico de Granada (75). A ello hay que añadir que, desde 1998, la nueva ejecutiva de la FEERI está influida por los intereses saudíes y marroquíes (76).

Se calcula que sólo un tercio de las asociaciones de musulmanes está inscrita en el RER. Otras comunidades islámicas se inscriben como asociaciones culturales en el Registro de las Comunidades Autónomas o de los ayuntamientos (77). En los Estatutos de la CIE (78) se prevé que por cada diez comunidades adheridas directamente a la CIE, se pueda nombrar una representación común formada por tres personas. De ahí que si las más de 70 comunidades inscritas en el RER que no pertenecen a la CIE, solicitaran su adhesión y fueran aceptadas, tendríamos una CIE con 9 secretarios generales y una comisión permanente con 30 miembros (79). Las subvenciones otorgadas por la Fundación Pluralismo y Convivencia tienen como beneficio indirecto el fortalecimiento institucional de las Federaciones que conforman la CIE (80). Pero a consecuencia de la proliferación de diversas federaciones o entidades autonómicas (81), se produce simultáneamente su debilitamiento (82).

(74) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 203.

(75) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 206, nota 125.

(76) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 205.

(77) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 169.

(78) Para ver los estatutos de la CIE, cfr. J. MANTECÓN SANCHO, *Los Acuerdos...*, págs. 143-144.

(79) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 174.

(80) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 83.

(81) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 83.

(82) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 82, se han puesto en marcha entidades autonómicas en Cataluña, Melilla, Baleares, Valencia (dos, en este caso) y Murcia.

La CIE es una entidad abierta, ya que en sus estatutos está prevista «la posibilidad de que puedan integrarse en ella las comunidades islámicas que lo deseen, con tal de que estén inscritas en el RER, acepten los contenidos del Acuerdo, y sean admitidas por la comisión permanente que podrá denegar la admisión por motivos de índole religiosa. La adhesión a la CIE puede hacerse directamente, o a través de alguna de las dos federaciones constituyentes» (83).

En 1998, se presentó por parte de la subdirección general de asuntos religiosos del Ministerio de Justicia a los representantes de las dos Federaciones (Federación de Entidades Religiosas Islámicas y Unión de Comunidades Islámicas de España) integradas en la Comisión Islámica de España una remodelación total de la misma, con el fin de ceder el protagonismo a las comunidades locales de base. Estas comunidades deberían ser las encargadas de «elegir democráticamente a los integrantes del Consejo Islámico Provincial, y éstos a su vez, a los del Consejo Islámico autonómico o regional. Por último, se establecía la existencia de una Asamblea General (elegida también por los consejos provinciales), entidad de la que deberían surgir la mayoría de los miembros de la Comisión Permanente, un órgano ejecutivo colegiado. La cúpula directiva se completaba con los cargos de Presidente, Vicepresidente, Secretario y Tesorero» (84). Propuestas semejantes a ésta han sido puestas en marcha en Francia y en Bélgica (85). Pero no han llegado a culminarse con éxito. En el caso español, tal vez la causa sea que la «redefinición en clave autonómica del mapa institucional de la comunidad islámica puede suponer a corto plazo la desaparición de la CIE (86). Además, hay que preguntarse si existe en el islam algún tipo de categoría organizativa que pueda identificarse con el de “Comunidad islámica”, tal como es contemplada por nuestro ordenamiento. La respuesta correcta quizá sea que «en el islam no existe más comunidad que la propia *umma*, o comunidad formada por el conjunto de creyentes. Allí donde la sociedad es islámica, no tiene sentido hablar de distintas comunidades» (87).

Las consecuencias de estos problemas de organización se dejan sentir en numerosos supuestos prácticos. Por ejemplo, cuando al determinar los profesores de religión, los cementerios o la asistencia religiosa se hace referencia a

(83) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 173.

(84) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 81, citando a J. MANTECÓN SANCHO, «El Islam en España...», págs. 67-68.

(85) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 81.

(86) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 82.

(87) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 170.

la Comunidad islámica local; ocurre que en ocasiones hay más de una, y que no se ha definido qué es exactamente una comunidad islámica (88). Aunque no todo sean dificultades, cabe señalar que en España hay al menos un texto de enseñanza religiosa islámica en lengua castellana, elaborado con la colaboración de la UCIDE y la Fundación Pluralismo y Convivencia, editado por la editorial SM (89), y que, hasta donde nuestro conocimiento alcanza, no ha sido objeto de «contestación», como sí ocurrió en Austria, por parte del gobierno de ningún país de mayoría islámica.

El islam carece de ministros de culto (intermediarios entre Dios y los musulmanes): cualquier musulmán puede dirigir la oración, si lo eligen para ello (90). Los imanes, no obstante, podrían equipararse a los ministros de culto, a los que se refiere la legislación española, pero en ningún caso puede hablarse de jerarquía, porque en el islam no la hay (91).

Aunque resulte algo extraño a la tradición islámica, los musulmanes que se encuentran fuera de la tierra del islam, necesitan adoptar formas organizativas que garanticen la interlocución y representatividad con respecto a los poderes públicos (92). Mantecón ha propuesto que en España se doten de una organización de base territorial, de modo que se puedan identificar con claridad los distintos niveles: local, provincial, autonómico, nacional... No se trata de modificar el islam, ni de influir en su autonomía o principios, sino de facilitar la relación con las autoridades públicas (93).

2.2.4.3. Síntesis conclusiva

Como se ha visto, los interlocutores del islam en los Estados occidentales son, a la postre, sujetos influenciados por un Estado islámico, o directamente un Estado islámico (Turquía en los casos mencionados de Austria o Alemania, y Arabia Saudí o Marruecos en el caso de España), no una autoridad religiosa, debido a la propia concepción que el islam tiene de sí mismo. Esto dificulta, si no impide abiertamente, que pueda hablarse de relación entre ordenamientos jurídicos. La misma dificultad se aprecia también respecto de otras confesiones

(88) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», págs. 201-202.

(89) I. JIMÉNEZ-AYBAR, «Tras el 11-M: presente y futuro del proceso de institucionalización...», pág. 86, nota 42.

(90) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 179.

(91) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 181.

(92) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 206.

(93) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 206.

religiosas que no tienen un ordenamiento jurídico propio, autónomo respecto del Estado. En Alemania, hasta la República de Weimar (1919), las iglesias protestantes eran iglesias nacionales, y la autoridad de cada iglesia era la correspondiente autoridad civil [a este sistema de gobierno de las iglesias desde la Reforma hasta República, se le denomina *Landeskirkheregiment* (94)]. Las iglesias no tenían Derecho ni tribunales propios. Como es sabido, hoy la EKD (*Evangelische Kirche in Deutschland*) tiene un régimen jurídico propio, independiente del Estado, un Sínodo, que viene a ser el órgano que ejerce el poder legislativo y unos tribunales que juzgan los conflictos sobre la correcta aplicación del Derecho evangélico. Hasta donde nos es conocido, el Derecho protestante en España no ha alcanzado ese nivel de desarrollo, por lo que es dudoso que las iglesias evangélicas puedan tener relaciones interordinamentales con el ordenamiento jurídico del Estado. Se ha traído aquí este ejemplo de las iglesias derivadas de la Reforma, para poner de relieve que la dificultad por parte de la confesión religiosa para mantener relaciones entre ordenamientos, puede deberse o bien a la propia concepción que la confesión tiene de sí misma y de su relación con el Derecho y la autoridad civil, o bien a la falta de desarrollo en un determinado momento. Ni una ni otra, como es evidente, son exclusivas del islam, pueden darse, y de hecho están presentes en otras confesiones, incluso cristianas.

No puede haber propiamente remisión o reenvío por parte del Derecho estatal a un Derecho confesional. Lo que habría, en todo caso, sería remisión o reenvío a un Derecho extranjero, que se regiría según las reglas del Derecho internacional privado (95), y que se aplicaría llegado el caso a los musulmanes extranjeros, y a los españoles en determinados supuestos (96). La ley española permite que en defecto de nacionalidad común de los cónyuges, éstos pueden optar por la ley nacional o de la residencia de alguno de ellos (97). En suma, el Derecho islámico puede llegar a tener vigencia en España en materia de efectos del matrimonio, cuando se trate de un matrimonio de extranjeros o del matrimonio entre un nacional y un extranjero, si han optado por la ley personal islámica.

El problema de representación de las comunidades islámicas, es un problema de Derecho público, que no parece haberse resuelto de modo definitivo

(94) D. PIRSON, «Landeskirche, Landeskirkentum», en IDEM, *Gesamelte Beiträge zum Kirchenrecht und Staatskirchenrecht*, I, Tübingen, 2008, págs. 136 y sigs.

(95) Cfr. J. BOGARÍN DÍAZ, «Factor religioso y relaciones entre ordenamientos jurídicos», págs. 60-70.

(96) J. MARTOS QUESADA, «Derecho islámico y Derechos europeos...», pág. 178, así resulta según lo previsto en el art. 9 el Código civil.

(97) J. MARTOS QUESADA, «Derecho islámico y Derechos europeos...», pág. 179, citando a P. DIAGO.

ni en España ni en los Estados de los que tenemos conocimiento. Esto impide cualquier intento de vigencia de la *sharía* por la vía de la relación entre ordenamientos jurídicos. Se da, no obstante, la vía del Derecho privado para una limitada vigencia de la *sharía* en los casos mencionados, de los que se viene ocupando la doctrina iusprivatista.

3. LA APLICACIÓN DE PRECEPTOS DE LA SHARÍA EN VIRTUD DE LA LIBERTAD RELIGIOSA DE LOS SUJETOS DESTINATARIOS DE LA NORMA ESTATAL

El punto clave de la cuestión es saber si la libertad religiosa no comprende también el derecho a seguir la *sharía* en materia de Derecho de familia (98). La regulación que la *sharía* hace del matrimonio (99) y la familia, con la consiguiente y conocida diferencia de la mujer con respecto al varón (100) ha suscitado cierta preocupación en los Estados occidentales (101). El ordenamiento canónico también ha recordado mediante una Instrucción del Pontificio Consejo para la Pastoral de los emigrantes e Itinerantes (102) el contraste entre las nor-

(98) J. NIELSEN, *Juridical problems facing Muslims in Westen Europe...*, pág. 145.

(99) G. HELMSDÖRFER (ed.), *Moslemisches Eherecht*, Frankfurt am Main, 1832, reimpr. Ámsterdam, 1968. M. FARAH, *Marriage and Sexuality in Islam*, Salt Lake City, 1984, pág. 11, el concepto islámico de matrimonio como *act of worship* pág. N. v. TORNAUW, *Das moslemische Recht aus den Quellen dargestellt*, Leipzig, 1855, reimpr. Ámsterdam, 1970, págs. 62 y sigs., los contratos relativos a las relaciones familiares.

(100) Z. COMBALÍA SOLÍS, «Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico», en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 6, 2001, págs. 14 y sigs. Z. COMBALÍA SOLÍS, «¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en Occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal», en *ius tel.com Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 20, 2009. M. E. OLMOS ORTEGA, «Mujer, matrimonio e Islam», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 24, 2008, págs. 493 y sigs.

(101) Z. COMBALÍA SOLÍS, «Inmigración y matrimonio en España», en R. RODRÍGUEZ CHACÓN y L. RUANO ESPINA (coords.), *Cuestiones actuales de derecho canónico y eclesiástico en el XXV aniversario de los acuerdos con la Santa Sede y XX aniversario de vigencia del CIC*, Salamanca, 2005, págs. 283 y sigs.

(102) Instrucción *Erga migrantes caritas Christi*, del Pontificio Consejo para la Pastoral de los Emigrantes e Itinerantes, de 14 de mayo de 2004, hace referencia a nuestro tema de estudio en los siguientes puntos:

«67. Si se presenta, entonces, una solicitud de matrimonio de una mujer católica con un musulmán —permaneciendo invariado lo que se ha afirmado en el n.º 63, y teniendo siempre en cuenta los juicios pastorales locales— debido también a los resultados de amargas experiencias, habrá que realizar una preparación muy esmerada y profunda durante la cual se ayudará a los novios a conocer y a “asumir”, con toda conciencia, las profundas diversidades culturales y religiosas que tendrán que afrontar, tanto entre ellos, como con las familias y el ambiente de origen de la parte musulmana, al cual posiblemente tendrán que regresar después de una estancia en el exterior.

mas de ambas confesiones relativas a la educación de los hijos, y el deber de la parte católica de abstenerse de pronunciar o de firmar documentos que contengan la *shahada* (profesión de creencia musulmana) al transcribir —si es el caso— el matrimonio en el consulado del Estado de origen.

El islam plantea problemas jurídicos en Occidente, por la tendencia «ínsita en la tradición islámica de que la condición religiosa sea fuente de derechos civiles, que choca grandemente con el principio básico en el moderno Estado de Derecho de la igualdad ante la ley, y que, en el fondo, lleva a los musulmanes a reclamar un estatuto personal por razón de su religión» (103). Los problemas surgen cuando los musulmanes solicitan que se les aplique, por el hecho de serlo, un Derecho más favorable o simplemente excepcional (104).

3.1. *Dificultades de planteamiento: la idea de la libertad religiosa que subyace en los Derechos occidentales*

Subyacente a los problemas que se presentan para un islámico en Occidente está la concepción que en Europa se tiene de la libertad religiosa, que es un concepto a menudo protestante (105). Se concibe a la religión como

Si se presenta el caso de transcripción del matrimonio en el consulado del Estado de origen, islámico, la parte católica tendrá que abstenerse de pronunciar o de firmar documentos que contengan la *shahada* (profesión de creencia musulmana).

Los matrimonios entre católicos y musulmanes, si se celebran a pesar de todo, necesitarán, además de la dispensa canónica, el apoyo de la comunidad católica, antes y después del matrimonio. Uno de los servicios importantes del asociacionismo, del voluntariado y de los consultorios católicos será la ayuda a esas familias en la educación de los hijos y, posiblemente, el apoyo a la parte menos tutelada de la familia musulmana, es decir, a la mujer, para que conozca y haga valer sus propios derechos».

68. «Para concluir, por lo que se refiere al bautismo de los hijos, las normas de las dos religiones, como es bien sabido, se oponen fuertemente. Es necesario, pues, plantear el problema con toda claridad durante la preparación al matrimonio, y la parte católica tendrá que comprometerse a todo lo que exige la Iglesia.

La conversión y la solicitud del Bautismo, por parte de musulmanes adultos, requieren también una ponderada atención, tanto por la naturaleza particular de la religión musulmana, como por las consecuencias que se derivan». Sobre el tema, puede verse: A. LÓPEZ-SIDRO, «Taqiya y matrimonios dispares con musulmanes», iustel.com. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 6, 2004.

(103) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 171.

(104) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 171.

(105) J. NIELSEN, *Juridical problems facing Muslims in Western Europe...*, pág. 140, las iglesias cristianas están adaptadas al Derecho del Estado, porque han sido copartícipes de la misma Historia.

una materia de creencia personal y de piedad privada, y se supone que no alcanza una dimensión comunitaria más allá del culto en común y de las obras de caridad. Por el contrario, la comprensión musulmana es que el islam gobierna todos los aspectos de la vida de modo ideal: privado y público, individual y colectivo. Y por eso no puede acomodarse con los sistemas europeos habituales (106).

Por todo ello, el debate sobre la aplicación del Derecho de familia islámico en Europa atañe a las cuestiones sobre la verdadera naturaleza de nuestras estructuras sociales y de nuestros presupuestos culturales, y sobre el papel de la Religión en la vida colectiva (107). En todo caso, se ha de tener en cuenta la limitación del orden público (108) para su eventual aplicación.

3.1.1. *La apostasía en las fuentes de la sharía*

Desde este punto de vista, quizá el contenido del Derecho islámico que resulta más contradictorio con nuestro sistema de valores es la libertad en la pertenencia religiosa. Ciertamente, cada confesión puede tener, y de hecho tiene, un concepto y un régimen jurídico de pertenencia a la misma que está en estrecha relación con su propia concepción teológica (109), y que no tiene

(106) J. NIELSEN, *Juridical problems facing Muslims in Westen Europe...*, pág. 144.

(107) J. NIELSEN, *Juridical problems facing Muslims in Westen Europe...*, pág. 145.

(108) G. ROBLES MORCHÓN, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas...*, pág. 181, «con la expresión “orden público” se resume el conjunto de valores o principios que el ordenamiento del foro considera esenciales y que, por tanto, deben ser respetados por encima de cualquier otra consideración, como puede ser la necesidad de convivencia con otros Estados y la conveniencia de coordinación de las soluciones en los supuestos internacionales. El orden público representa el núcleo básico de normas y principios dotados de gran carga axiológica y que son consustanciales al Derecho de un Estado». [...] «Es un concepto [...] cuya función principal es poner límites a la acción de los particulares y de los órganos del Estado, así como también a la acción que provenga del exterior y a la actividad de los órganos de otros Estados». Sobre el orden público como límite de la libertad religiosa, puede verse, J. LANDETE CASAS y J. BONET NAVARRO, «Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público», en iustel.com. *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 9, 2005. Sobre los límites de la libertad religiosa en general, Z. COMBALÍA SOLÍS, «Los límites del derecho de libertad religiosa», en AA.VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1994, págs. 469- 510. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en iustel.com. *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, 2003.

(109) Para la confesión judía, cfr. M. PERALES AGUSTÍ, *Controversia sobre una cuestión de discriminación en la justicia británica por la definición de judío*, trabajo *in scriptis*, que he podido manejar por cortesía de la autora.

por qué coincidir con las normas estatales. Ahora bien, desde el punto de vista del Estado, lo que sí debe quedar garantizado en todo caso es la libertad de la pertenencia, o lo que es lo mismo, el derecho de salida o de abandono de la confesión (110).

En el islam no queda del todo garantizado a sus miembros el derecho de abandonar esta religión. Si bien es verdad, que pueden argüirse un buen número de citas del Corán en las que se critica todo tipo de coacción religiosa (111), también cabe aportar otras respecto de la renegación, la incredulidad o la infidelidad después de haber pertenecido al Islam, que permiten una interpretación diversa a la anterior (112).

(110) Sobre la salida de la Iglesia católica, nos ocupamos en M. J. ROCA, «Der Kirchenaustritt aus Sicht von Staat, Kirche und Individuum», en *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, vol. 159, 1990, págs. 427-447. La versión en castellano: «Valoración de la salida de la Iglesia desde la perspectiva de los sujetos afectados: Estado, Iglesia y persona», en *Ius Canonicum*, núm. 61, 1991, págs. 307 y sigs.

(111) S. KAHLIL SAMIR, «Apostasía en el Corán y debate entre musulmanes», en G. PAOLICCI y C. EID, *Cristianos venidos del Islam*, Madrid, 2007, pág. 24, «No cabe coacción en religión. La buena dirección se distingue claramente del descarrío (Sura de la Vaca, 2, 256).

«Y dí: la Verdad viene de vuestro Señor: ¡Que crea quien quiera y quien no quiera que no crea!» (Sura de la Caverna, 16, 29).

«Si tu Señor hubiera querido todos los habitantes de la tierra, absolutamente todos, habrían creído. Y ¿vas tú a forzar a los hombres a que sean creyentes, siendo así que nadie está para creer si Alá no lo permite?» (Sura de Jonás, 10, 99-100).

(112) S. KAHLIL SAMIR, «Apostasía en el Corán y debate entre musulmanes», págs. 20-21, recoge las citas del Corán en las que se expresa «la renegación, la incredulidad o la infidelidad después de haber pertenecido al islam»: 1. «Quien cambie la fe por la incredulidad se ha extraviado del camino recto. A muchos de la gente de la Escritura les gustaría hacer de vosotros infieles después de haber sido creyentes, por envidia, después de habérseles manifestado la Verdad. Vosotros, sin embargo, perdonad y olvidad hasta que venga Alá con su orden. Alá es omnipotente» (Sura de la Vaca 2, 108-109).

2. «Los que no crean y mueran siendo infieles, incurrirán en la maldición de Alá, de los ángeles y de los hombres, en la de todos ellos. Eternos en ella, no se les mitigará el castigo, ni les será dado esperar» (Sura de la Vaca 2, 161-162).

3. «A quienes dejen de creer, después de haber creído, y luego se obstinen en su incredulidad, no se les aceptará el arrepentimiento. Ésos son los extraviados. Si uno no cree muere siendo infiel, aunque ofrezca como precio de rescate la tierra llena de oro, no se le aceptará. Esos tales tendrán un castigo doloroso y no encontrarán quienes les auxilien» (Sura de la Familia de Imram 3, 90-91).

4. «Quienes comprenden la incredulidad con la fe no causarán ningún daño a Alá y tendrán un castigo doloroso» (Sura de la Familia de Imram 3, 177).

5. «A quienes crean y luego dejen de creer, vuelvan a creer y de nuevo dejen de creer, creyendo en su incredulidad, Alá no está para perdonarles ni dirigirles por un camino» (Sura de las Mujeres, 4, 137).

6. «Los que no creen y desvían a otros del camino de Alá están profundamente extraviados» (Sura de las Mujeres, 4, 167).

Según algunas interpretaciones, el versículo de la no coacción no ha sido abolido; pero el apóstata debe ser igualmente ejecutado, en nombre de otro fragmento coránico: «Matadles donde deis con ellos y expulsadles de donde os hayan expulsado. Tentar es más grave que matar. No combatáis contra ellos junto a la Mezquita Sagrada, a no ser que os ataquen allí. Así que si combaten contra vosotros, matadles: ésa es la retribución de los infieles. Pero, si cesan, Alá es indulgente, misericordioso. Combatid contra ellos hasta que dejen de induciros a apostatar y se rinda culto a Alá. Si cesan, no haya más hostilidades que contra los impíos (*sura* de la Vaca, 2, 191-193) (113).

Parece mayoritariamente admitido que la práctica tradicional islámica respecto al apóstata no se basa en el Corán sino en dos *hadith* (114). En todo caso, sea cual sea la fuente exacta de su régimen jurídico —ya sea una *sura* del Corán o un *hadith* de la Sunna— la apostasía, en opinión de algunos islamistas, no es una cuestión de neta naturaleza religiosa, sino más bien un problema político (115). Si la apostasía es un riesgo para la nación —y si el apóstata es juzgado como un peligro para el Estado, como un instrumento de sedición— entonces se trata de un problema político que debería afrontarse en cuanto tal, no de un problema religioso del que ha de encargarse la autoridad musulmana. Reconocerle el carácter de delito a la apostasía significa abrir la puerta y proporcionar pretexto a todo tipo de represión ejercida por los grupos radicales

7. «No creen, en realidad, quienes dicen: “Alá es el tercero de tres”. No hay ningún otro dios que Dios Uno y, si no paran en decir eso, un castigo doloroso alcanzará a quienes de ellos no crean» (*Sura de la Mesa servida*, 5, 73).

8. «¡No os disculpéis! Habéis dejado de creer después de haber creído y, si perdonamos a alguno de vosotros, castigaremos a otros por haber sido pecadores» (*Sura del Arrepentimiento*, 9, 66).

9. «Juran por Alá que no han profesado la incredulidad, cuando la verdad es que sí. Han apostatado después de haber abrazado el islam. Aspiraban a algo que no han conseguido y han quedado resentidos sólo por no haber obtenido más que aquello con que Alá y Su Enviado les han enriquecido, por favor Suyo. Sería mejor para ellos que se arrepintieran Si vuelven la espalda, Alá les infligirá un castigo doloroso en la vida de acá y en la otra. No encontrarán en la tierra amigo ni auxiliar» (*Sura del Arrepentimiento*, 9, 74).

10. «Quien no crea en Alá luego de haber creído —no quien sufra coacción mientras su corazón permanece tranquilo en la fe, sino quien abra su pecho a la incredulidad—, ese tal incurrirá en la ira de Alá y tendrá un castigo terrible» (*Sura de las Abejas*, 16, 106).

11. «Pero, en lugar de servir a Alá, sirven lo que no puede aprovecharles ni dañarles. El infiel es un servidor de Satanás contra su Señor» (*Sura del Criterio* 25, 55).

(113) S. KAHLIL SAMIR, «Apostasía en el Corán y debate entre musulmanes», pág. 26.

(114) S. KAHLIL SAMIR, «Apostasía en el Corán y debate entre musulmanes», pág. 26.

(115) S. KAHLIL SAMIR, «Apostasía en el Corán y debate entre musulmanes», pág. 16. «¿es legítimo considerar la apostasía —un tema de clara naturaleza religiosa— como delito definido por una ley del Estado?».

contra todos aquellos que no piensan como ellos. En definitiva, es darle carta blanca al terrorismo que quiere encubrir sus gestas con una justificación religiosa (116). Ésta es la interpretación más próxima a la concepción occidental, pero no es la única. Y constituye una muestra más de la ausencia de separación entre Estado y Religión en la concepción islámica.

3.1.2. *La apostasía en el Derecho penal codificado*

Veamos cómo son los contenidos del Derecho penal islámico respecto a la apostasía. Los códigos penales modernos son más o menos de inspiración occidental, mientras que los proyectos de codificar el Derecho islámico no han prosperado. Baste pensar, por ejemplo, en la propuesta que se debatió en la Asamblea de Egipto del llamado «Código de las penas coránicas». Fue debatido durante los años 1973 a 1978, pero no llegó finalmente a ser aprobado. Este código recogía las 6 penas previstas para el hurto, el bandidaje, la fornicación, el uso del alcohol, la falsa acusación de fornicación y la apostasía (117). Para el caso de apostasía, el proyectado artículo 30 definía que apóstata es el musulmán que abandona la Religión del islam, ya sea para abrazar otra o no. Pero el artículo 31 extendía el delito de «renegación» a quienes rechazan cumplir cuanto la religión islámica ordena hacer, e incluso a cualesquiera que mediante palabra o hecho se manifiesten contra el profeta o sus mensajeros, contra los ángeles o contra el Corán (118). El proyectado «Código penal unificado para los países árabes», de 1986, que nunca fue promulgado, contenía un capítulo sobre la renegación (*ridda*), en cuyo artículo 162 se establecía que «el apóstata es castigado con la pena de muerte si se prueba que ha apostatado de modo voluntario y si ha perseverado en su decisión después de haber sido invitado a arrepentirse durante un plazo de 30 días» (119). Actualmente la pena de muerte para el delito de apostasía permanece vigente en el código sudanés de 1991 (art. 126) y en el código de Mauritania de 1984 (art. 306) (120).

(116) S. KAHLIL SAMIR, «Apostasía en el Corán y debate entre musulmanes», pág. 33.

(117) M. BORRMANS, «Le libertà religiose nei Paesi musulmani tra teoria e prassi», en J. A. ARANA (a cura di), *Libertà religiosa e reciprocità*, Milano, 2009, pág. 73.

(118) M. BORRMANS, «Le libertà religiose nei Paesi musulmani tra teoria e prassi», pág. 73.

(119) M. BORRMANS, «Le libertà religiose nei Paesi musulmani tra teoria e prassi», pág. 74.

(120) M. BORRMANS, «Le libertà religiose nei Paesi musulmani tra teoria e prassi», pág. 74.

Es decir, los intentos de codificación penal islámica supraestatales no han llegado a promulgarse, pero en ambos se tipificaba la apostasía como delito. La pena de muerte para este delito sólo está hoy vigente en Sudán o Mauritania. Pero ello no obsta para que recientemente se hayan promulgado normas restrictivas de la libertad, tal como la entendemos en la concepción occidental.

En Argelia, el Decreto de 28 de febrero de 2006 pretende proteger la identidad árabe e islámica del país, y prohíbe cualquier intento de poner en peligro la fe musulmana de los ciudadanos. Esta norma anti-proselitismo también limita y regula el ejercicio autorizado de los cultos no musulmanes. El decreto de aplicación de 19 de mayo de 2007, hace una interpretación estricta. A causa de esta normativa un sacerdote ha sido condenado, una argelina conversa ha sido acusada de proselitismo, y el presidente de la Iglesia protestante ha sido expulsado del país (121).

Sin entrar a analizar en más detalle otros contenidos de la *sharía*, también fuertemente contrarios a la concepción occidental como la guerra santa (122) o la ablación femenina (123), insistimos en que el fundamental es la posibilidad de abandonar libremente el islam.

La base cultural del concepto de libertad religiosa en Occidente es de origen cristiano. La progresiva secularización de la sociedad occidental ha hecho que hoy los contenidos del Derecho de muchos Estados se aparten de sus raíces cristianas, sobre todo en lo que se refiere al respeto a la vida, con la liberalización del aborto o de la eutanasia. Sin embargo, las confesiones cristianas, porque han conformado a lo largo de la historia las propias bases culturales de Occidente, emplean para la extensión de su credo sus propios medios, no el Derecho penal del Estado. Si los creyentes de la Religión islámica desean integrarse en las sociedades occidentales, conviene que tengan en cuenta que los medios para practicar y extender su Religión, deben ser el resultado de la libertad religiosa individual —no del *ius puniendi* del Estado—, y deben respetarla en todo caso.

(121) M. BORRMANS, «Le libertà religiose nei Paesi musulmani tra teoria e prassi», pág. 74.

(122) IBN ABI ZAYD ALQAYRAWANI, *Compendio de Derecho islámico...*, Ed. a cargo de J. Riosalido Gambotti, Madrid, 1993, pág. 105, la guerra santa es una obligación de Derecho divino, que cumplen unas gentes por los demás. Las diferencias entre escuelas radican en que unos consideran que afectan sólo a los varones púberes que tengan los mismos medios que se exigen para la peregrinación y otros que afecta a los varones púberes en cualquier caso.

(123) IBN ABI ZAYD ALQAYRAWANI, *Compendio de Derecho islámico...*, pág. 105, «la circuncisión es una tradición obligatoria para los varones y la escisión del clítoris, respetable para las mujeres».

3.2. *Dificultades de dogmática jurídica: la igualdad en la aplicación judicial de la ley*

En los países musulmanes suele regir el estatuto personal por razón de religión. Tal vez por eso, los seguidores de Mahoma, cuando están fuera de territorios islámicos, esperan que se les aplique también un estatuto personal (124). Parte importante de la integración de los inmigrantes está en comprender el principio de igualdad ante la ley (125). Aunque haya en Occidente una gran sensibilidad hacia la protección de las minorías, no se puede acceder a cualquier pretensión que éstas planteen (126).

La pretensión de aplicar la ley islámica, o mejor dicho, la pretensión de que la ley de un Estado occidental se aplique de modo distinto a quienes tienen creencias islámicas, choca con el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley (127), que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, desde los primeros momentos (STC 49/1982) ha entendido implícito en el artículo 14 de la Constitución. Según la mencionada jurisprudencia los presupuestos formales necesarios para comprobar si ha habido o no igualdad en la aplicación de la ley son cinco: el primero, la identidad del órgano (STC 306/1993); el segundo, la idoneidad del término de referencia; el tercero, la naturaleza del término de la comparación (sólo a nivel de interpretación y aplicación de la ley); el cuarto, la necesaria alteridad de los sujetos; y el quinto y último, la inexistencia de fundamentación adecuada del cambio de criterio interpretativo. Dificilmente la aplicación de una ley general de modo excepcional para los islámicos podría justificarse, al tiempo que se cumplen estos cinco requisitos.

Pues bien, sobre la base de este principio de igualdad en la aplicación de la ley, hay toda una serie de normas de la *sharía* cuya recepción en España iría en contra del orden público o de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento (128). Así, no resulta posible la admitir la recepción del repudio en España;

(124) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 208.

(125) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 206.

(126) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 206.

(127) A. OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, 2005.

(128) A. FERNÁNDEZ-CORONADO, «Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales», en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pág. 132, deduce de su estudio del matrimonio según el Derecho islámico «que algunos de sus contenidos chocan con los presupuestos del Estado laico, al ser incompatibles con sus componentes esenciales, separación y neutralidad, y con las consecuencias jurídicas que la categoría de Estado laico comporta para sus ciudadanos».

en primer lugar, porque lesiona los derechos de la mujer; en segundo lugar por su carácter privado (la disolución no es el resultado de un proceso judicial) y en tercer lugar, porque es revocable (129).

Tampoco resulta posible que el ordenamiento español considere la apostasía como causa que abre la sucesión hereditaria. Esto va en contra del artículo 657 del Código Civil, del artículo 16 de la Constitución y del artículo 2.1 de la Ley orgánica de libertad religiosa. La cláusula de orden público impide que el cambio de creencias de un musulmán abra la sucesión hereditaria en España (130). Son contrarias al derecho fundamental de libertad religiosa y al principio de no discriminación por razón de religión, «las disposiciones del Derecho islámico recibidas en los códigos magrebíes, que determina como causa de incapacidad para suceder la apostasía o las creencias religiosas de la persona» (131). En este sentido, conviene recordar que la *Mudawwana* marroquí prohíbe sucederse y heredarse recíprocamente a los musulmanes y a los no musulmanes.

Tampoco resulta posible «que una sucesión *ab intestato* regulada por el derecho extranjero en la que se haya excluido *ex lege* a una persona por sus creencias religiosas, al no ser musulmán o apóstata de la fe islámica, pueda tener efectos en España o ser aplicada por un tribunal español; en este segundo caso, si la controversia se plantea ante los tribunales españoles, el órgano jurisdiccional resolverá la litis reintegrando en la plenitud de sus derechos hereditarios al preterido por razones de creencia o religión» (132).

Del mismo modo, es inaplicable la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos que hacen los códigos de los países del Magreb, en cuanto a la sucesión hereditaria. En virtud del orden público no puede tener en España efectos la ley extranjera, y si la sucesión se abriera en España, estarían en plena igualdad de derechos sucesorios los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. Lo mismo hay que decir de la diferencia entre varones y mujeres respecto a la herencia. La *sharía* vulnera el artículo 14 de la constitución y no puede aplicarse en el Derecho español. El juez no puede aplicar en España la ley extranjera de la

(129) Z. COMBALÍA, *Inmigración y matrimonio en España...*, págs. 288-293, y Z. COMBALÍA, *Repudio islámico y modernización del Derecho en el mundo musulmán...*, pág. 235.

(130) A. MOTILLA, *El Derecho de sucesorio islámico y sus efectos civiles en el Derecho español*, en A. MOTILLA y P. LORENZO, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, 2002, págs. 194-195.

(131) A. MOTILLA, *El Derecho de sucesorio islámico y sus efectos civiles en el Derecho español...*, pág. 195.

(132) A. MOTILLA, *El Derecho de sucesorio islámico y sus efectos civiles en el Derecho español...*, pág. 196.

nacionalidad del causante (133). Un último ejemplo, de los preceptos de la *sharía* que no son susceptibles de aplicación en España es la necesidad de que el matrimonio se celebre con tutor matrimonial para la mujer (134). Tanto este precepto como la necesidad de que los parientes a quienes corresponde según el derecho ejercer de tutores matrimoniales deben proceder de la parentela del padre, no de la madre (135) son contrarios al principio de igualdad, tal como es concebido en Occidente.

En la medida en que las discriminaciones de la mujer respecto del varón se mantengan en el ámbito de las normas rituales o intraconfesionales (136), ha de entenderse que el Derecho occidental debe respetarlas, pues se trataría del respeto al derecho de autonomía de las confesiones (137). Así, por ejemplo, «la previsión de que las mujeres no pueden servir de guía en la oración obligatoria ni en la supererogatoria, ni para hombres ni para mujeres» (138). Ahora bien, en la medida en que las desigualdades afecten al ámbito secular, patrimonial, o de libertad contractual en cualquier orden, estimamos que son contrarias al orden público, y, por tanto, no pueden recibirse en nuestro Derecho.

3.3. Ámbitos de libertad en los que cabe vivir conforme a la sharía

Todas aquellas facultades que comprende el libre ejercicio de la libertad religiosa, y que están recogidas en el artículo 2 de la LOLR (desde el culto hasta el régimen alimentario, etc.) pueden practicarse libremente en un Estado occidental. En España no tienen más limitaciones que el orden público protegido por la ley. Ahora bien, no resulta posible la pretensión de modificar las cláusulas contractuales en virtud de la práctica de la religión islámica. Por ejemplo, la modificación de las condiciones laborales para un trabajador durante el tiempo

(133) A. MOTILLA, *El Derecho de sucesorio islámico y sus efectos civiles en el Derecho español...*, pág. 197. Cfr. también S. ACUÑA *et al.*, *El Matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Córdoba, 2003.

(134) IBN ABI ZAYD ALQAYRAWANI, *Compendio de Derecho islámico...*, pág. 109.

(135) IBN ABI ZAYD ALQAYRAWANI, *Compendio de Derecho islámico...*, pág. 110.

(136) M. J. ROCA, «Incidencia de las políticas públicas de igualdad en el desarrollo armónico de los derechos fundamentales. (Especial referencia al derecho de libertad religiosa)», en *iustel.com. Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 20, 2009, y en B. GONZÁLEZ MORENO (coord.), *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Valencia, 2009, págs. 39-79.

(137) M. J. ROCA, *Derechos fundamentales y autonomía de las iglesias*, Madrid, 2005.

(138) IBN ABI ZAYD ALQAYRAWANI, *Compendio de Derecho islámico...*, pág. 76.

que dure la práctica del ayuno en el Ramadán. La libertad religiosa no concede en España la facultad de modificar unilateralmente las condiciones contractuales. Así lo declaró el Tribunal Constitucional con ocasión de una trabajadora no islámica, pero perteneciente a una confesión con un descanso semanal distinto al establecido en su contrato laboral (139).

Algunas instituciones procedentes de la cultura de países islámicos han sido acogidas en nuestro Derecho. Éste es el caso, por ejemplo, de la *kafala* acordada en un país islámico, que tiene reconocimiento en España, en virtud del artículo 34 (140) de la ley de adopción internacional. En la mayoría de los Derechos de inspiración islámica (Argelia o Marruecos, por ejemplo) la adopción está prohibida (141). El Derecho de los Estados islámicos conoce otra institución (la *kafala*) que es similar al acogimiento en nuestro Derecho, y como tal es reconocida en España. Las autoridades españolas no entran en el control material

(139) STC 19/1985, de 13 de febrero.

(140) Artículo 34. Efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras.

1. Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que según la ley de su constitución no determinen ningún vínculo de filiación, se equiparán al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el Derecho español, si concurren los requisitos siguientes:

«1.º Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la ley española.

2.º Que las instituciones de protección hayan sido acordadas por autoridad extranjera competente, sea judicial o administrativa. Se considerará que la autoridad extranjera que constituyó la medida de protección era internacionalmente competente si se respetaron los foros de competencia recogidos en su propio Derecho.

No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso de que la institución de protección no presentare conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares, con el país cuya autoridad ha constituido esa institución se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.

3.º Que la institución de protección extranjera debe haberse constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país de la autoridad extranjera que acordó la institución.

4.º Que el documento en el que consta la institución constituida ante autoridad extranjera reúna los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma español oficial. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.

2. En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera relativa a estas instituciones si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español.»

(141) Los orígenes de la prohibición se encuentran en el propio Corán, Sura 33, versículos 4 y 5. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, «Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico (*kafala*)», en *La ley*, núm. 7393, mayo de 2010, sección doctrina, pág. 2.

de los requisitos exigidos para la validez de la *kafala*. El *kafil* (mayor que acoge al menor) debe ser musulmán (142), y ello sería discriminatorio según nuestro Derecho. Sin embargo, las autoridades españolas no entran a examinar los requisitos de fondo (143). En mi opinión, este planteamiento tolerante favorece el interés superior del niño, si el menor es musulmán. Pero la aplicación del Derecho islámico no podría ser ésta, si se tratase de musulmanes de nacionalidad española.

4. CONSIDERACIONES FINALES

A la cuestión planteada como tema de este trabajo —si la *sharía* puede considerarse ley aplicable en un Estado occidental— la respuesta ha de ser negativa, en mi opinión. Las dos posibles vías analizadas han sido una institucional (la relación entre ordenamientos jurídicos) y otra personal (el derecho fundamental de libertad religiosa). En el primer caso, la relación no resulta posible por la falta de autonomía de la Religión y el Derecho en el islam respecto del Estado.

En el segundo término, hemos visto cómo la libertad religiosa permite, según la concepción occidental, el libre ejercicio de la Religión. Pero su eficacia jurídica (como la de todo derecho) es limitada, y no alcanza a conceder a los creyentes de ninguna confesión la modificación de los preceptos del Derecho civil español en materia de Derecho de familia o del Derecho hereditario, por el hecho de que contravengan los preceptos de la *sharía*. Ello iría en contra del propio concepto de libertad religiosa occidental, que incluye la autonomía de las cuestiones temporales respecto de la Religión, y también en contra del principio de igualdad ante la ley. Tanto el principio dualista de la separación entre lo temporal y lo espiritual como el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley forman parte de la identidad cultural occidental.

Ciertamente, el respeto al pluralismo es también propio de la cultura occidental (144). Pero hay que tomar conciencia de que el precio del pluralismo

(142) Artículo 9 de la Ley 15/2001 de Marruecos; artículo 118 del Código de familia de Argelia.

(143) J. R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico...*, pág. 8.

(144) F. VECCHI, «La reciprocità: imago iuris del civile (o irrealista?) occidente», en J. A. Araña (a cura di), *Libertà religiosa e reciprocità*, Milano, 2009, pág. 401, la disponibilidad al diálogo y la apertura de los ordenamientos occidentales se manifiesta en la aplicación de la téc-

total es demasiado elevado: destruiría nuestra propia cultura (145). El obligado respeto a las personas provenientes de otras culturas con formas de vida distintas encuentra su expresión en el Derecho. Es el Derecho el que hace pasar del respeto voluntario y la tolerancia individual a la obligación de respetar una esfera de libertad del otro (146). Las personas provenientes de otras culturas están obligadas a respetar las bases de nuestro Derecho, si desean convivir e integrarse.

La opinión aquí mantenida acerca de los límites a la aplicación de la *sharía* no tiene su fundamento en la supuesta aplicación del principio de reciprocidad negativa (147). Puesto que en los Estados islámicos no se concede a los occidentales un reconocimiento de la libertad religiosa según la concepción occidental (148), sino de acuerdo con la concepción islámica (149), en lógica aplicación del principio de reciprocidad negativa, no se otorgaría a los integrantes de la *umma* los derechos que conlleva su propia idea de libertad religiosa. No, en nuestra opinión el fundamento no es éste (150). Por el contrario, ello se justifica, como se ha dicho, en la necesidad de garantizar nuestra propia identidad cultural, que, aun siendo abierta, tiene sus límites.

nica del reenvío a los ordenamientos confesionales, para los que no está vigente el principio de reciprocidad.

(145) R. SPAEMANN, *Europa: Comunidad de valores u ordenamiento jurídico*, en [http://www.arbil.org/\(83\)spae.htm](http://www.arbil.org/(83)spae.htm), consulta del 26-V-2010, pág. 1.

(146) R. SPAEMANN, *Europa: Comunidad de valores u ordenamiento jurídico...*, pág. 2.

(147) F. D'AGOSTINO, *Libertà religiosa e reciprocità...*, pág. 22, sostiene que la reciprocidad negativa es la ley del talión, la venganza; la reciprocidad positiva se manifiesta en la colaboración.

(148) F. D'AGOSTINO, *Libertà religiosa e reciprocità...*, pág. 29, los pertenecientes a la gente del Libro son considerados por expresa indicación coránica como destinatarios de la palabra auténtica, aunque no definitiva, de Dios, y están sujetos a la *dhima*, que es una especie de pacto bilateral consistente en el hecho de que el Estado islámico les autoriza a residir sobre su propio territorio, tolera su religión, les garantiza protección para sus personas y sus bienes y asume la defensa contra sus enemigos. La gente del libro son personas protegidas; a cambio de esta protección están obligados a pagar un impuesto (*jizya*) que grava a los hombres hábiles de condición libre, y excluye a las mujeres, a los niños a los ancianos y a los enfermos; asimismo deben pagar un tributo (*haram*) por las tierras que poseen.

(149) F. VECCHI, *La reciprocità: imago iuris del civile (o irrealista?) occidentale...*, pág. 403, puesto que en los países no occidentales no se dan relaciones interordinamentales, sino de un rechazo de Occidente, no se puede hablar con rigor de relaciones de reciprocidad.

(150) Como expusimos en otro lugar, el fundamento de las relaciones entre confesiones es la solidaridad más que la reciprocidad, cfr. M. J. ROCA, «El principio de reciprocidad y las relaciones internacionales de la Santa Sede», en M. M. MARTÍN, M. SALIDO y J. M. VÁZQUEZ (eds.), *Iglesia católica y relaciones internacionales*, Granada, 2008, págs. 543-552, y en *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 65, núm. 164, 2008, págs. 127-138.

Por último, es necesario poner de relieve que el islam tiene en común con el cristianismo una visión trascendente del hombre (151). Por ello, la búsqueda de la verdad sobre el hombre, o dicho de otro modo, indagando la inteligibilidad de la propia naturaleza humana y del mensaje ético que la naturaleza contiene (152), es quizá donde pueda hallarse el punto de encuentro en la concepción occidental de origen cristiano y la concepción islámica del Derecho. La búsqueda del fundamento ético del Derecho en la naturaleza de la persona, constituye el límite a los totalitarismos, que han visto en el Estado y su Derecho el fundamento y la fuente de la totalidad ética.

De hecho, según la concepción cristiana, el orden natural de la sociedad al servicio de la persona está compuesto de cuatro valores que designan los contornos del bien común que la sociedad debe perseguir: la libertad, la verdad, la justicia y la solidaridad (153), y resulta bien conocido el valor primordial que la solidaridad tiene en las sociedades islámicas. Tal vez ésta pueda ser una vía de común entendimiento.

RESUMEN

La *sharía* no puede considerarse ley aplicable en un Estado occidental. A través de una vía institucional (la relación entre ordenamientos jurídicos) la vigencia de la *sharía* no resulta posible por la falta de autonomía de la Religión y el Derecho en el islam respecto del Estado. A través de una vía personal (el derecho fundamental de libertad religiosa), se concluye que este derecho permite, según la concepción occidental, el libre ejercicio de la Religión. Pero su eficacia jurídica es limitada, y no alcanza a conceder a los creyentes de ninguna confesión la modificación de los preceptos del Derecho español, por el hecho de que contravengan los preceptos de la *sharía*. Ello iría en contra del propio concepto de libertad religiosa occidental, que incluye la autonomía de las cuestiones temporales respecto de la Religión, y también en contra del principio de igualdad ante la ley. Tanto el principio dualista de la separación entre lo temporal y lo espiritual como el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley forman parte de la identidad cultural occidental. El respeto al pluralismo es también

(151) J. MANTECÓN SANCHO, «El status legal del Islam en España...», pág. 206, «dado que el Derecho islámico es un Derecho de matriz religiosa, la solución podría encontrarse en una especie de nuevo Derecho natural que encontramos en la teoría de los derechos humanos, considerados que en último extremo provienen de la voluntad divina, en cuanto que Dios es el autor de la naturaleza humana».

(152) COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, *En busca de una ética universal*, núm. 69, «El concepto de ley natural supone la idea de que la naturaleza es para el hombre la portadora de un mensaje ético y constituye una norma moral implícita que la razón humana actualiza».

(153) COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, *En busca de una ética universal*, núm. 87.

propio de la cultura occidental. Pero el pluralismo no puede llegar a destruir nuestra propia cultura.

PALABRAS CLAVE: Derecho islámico; libertad religiosa; ordenamiento jurídico; apostasía; Comunidades Islámicas de España.

ABSTRACT

It is not possible to consider that the Sharia is applicable in a Western State. Through an institutional way (the relationship between legal systems) the Sharia's force is not possible as a result of the lack of autonomy of the religion and Law in Islam with regard to the State. Through a personal way (the fundamental right of religious freedom) we can come to the conclusion that this right enables, from the Western perspective, the free exercise of the Religion. However, its legal effectiveness is limited and so it does not let believers of any religion change Spanish legal rules, even if Sharia rules are infringed. This behaviour would be against the Western concept of religious freedom, that includes the autonomy in the field of secular matters with regard to Religion. It would also be against the principle of equality before the Law. Both dualist principle about the separation between secular and religious matters, and the equality principle before the Law and before the application of the Law are part of the Western cultural identity. The regard for pluralism is also typical of the Western culture. But pluralism can't destroy our culture.

KEY WORDS: Islamic Law; religious freedom; legal system; apostasy; Islamic communities in Spain.

